

Direitos consulares do preso estrangeiro: confronto ou paralelismo da jurisprudência internacional e brasileira?

GUSTAVO FERREIRA RIBEIRO

Doutor em Direito Internacional (Maurer School Of Law, Indiana University – EUA) com Bolsa do Programa Capes/Fulbright. Mestre em Direito (UFSC). Bacharel em Direito (UFMG). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado (UniCEUB).

JEISON BATISTA DE ALMEIDA

Mestre em Direitos Humanos (Universidade do Minho – Portugal). *Erasmus* no *Máster de Estudios Internacionales* (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha). Graduado em Direito (UNEMAT). Professor (UNEMAT).

Artigo recebido em 18/02/2015 e aprovado em 15/07/2015.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *A Assistência Consular* • 3 *Dos Direitos Consulares dos Presos* • 4 *Análise da Jurisprudência Brasileira* • 5 *Conclusão* • 6 *Referências*.

RESUMO: A Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963) codificou o denominado Direito Consular. Seu artigo 36(1)(b) contém normas relacionadas à assistência consular do preso estrangeiro, cuja finalidade é assisti-lo em um momento de extrema fragilidade: sua privação de liberdade. Este artigo, com subsídios na doutrina e na jurisprudência internacional, retoma o conjunto de direitos associado ao referido dispositivo. A partir desta síntese, e como principal objetivo do estudo, verifica-se como esses direitos são interpretados pelas cortes superiores brasileiras, com base em sua jurisprudência dos últimos dez anos (2005-2014). Busca-se, fundamentalmente, delinear a existência de confronto ou paralelismo entre os planos de interpretação internacional e doméstico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Consular • Preso Estrangeiro • Convenção de Viena de Relações Consulares • Jurisprudência.

Consular rights of the foreign prisoner: confrontation or parallelism between international and brazilian jurisprudence?

CONTENTS: *1 Introduction · 2 Consular Assistance · 3 Consular Rights of the Prisoners · 4 Analysis of the Brazilian Jurisprudence · 5 Conclusion · 6 References.*

ABSTRACT: The Vienna Convention on Consular Relations (1963) codified the so-called Consular Law. Its article 36(1)(b) contains provisions related to consular assistance of prisoners abroad, whose purpose is to assist them in a moment of extreme vulnerability: his imprisonment. This article, with subsidies in doctrine and international jurisprudence, recalls the rights set associated with the said provision. From this summary, and as the main objective of the study, it verifies the way these rights are interpreted by Brazilian Higher Courts, based on its case law of the last ten years (2005-2014). Fundamentally, the paper aims at portraying the existence of collision or parallelism between the plans of international and domestic interpretation.

KEYWORDS: Consular Rights · Foreign Prisoner · Vienna Convention on Consular Relations · Case law.

Derechos consulares de lo detenido extranjero: ¿confrontación o paralelismo de la jurisprudencia internacional y brasileña?

CONTENIDO: *1 Introducción · 2 La Asistencia Consular · 3 De los Derechos Consulares de los Detenidos · 4 Análisis de la Jurisprudencia Brasileña · 5 Conclusiones · 6 Referencias.*

RESUMEN: La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) codificó la llamada Ley Consular. Su artículo 36(1)(b) contiene disposiciones relativas a la asistencia consular de los presos en el extranjero, cuyo propósito es ayudar en un momento de extrema vulnerabilidad su encarcelamiento. En este artículo, con subsidios en la doctrina y la jurisprudencia internacional, se recuerda el conjunto de los derechos asociados a la citada disposición. A partir de este resumen, y como el objetivo principal del estudio, se verifica la forma en que estos derechos son interpretados por los Tribunales Superiores de Brasil, con base en su jurisprudencia de los últimos diez años (2005-2014). Fundamentalmente, el trabajo pretende retratar la existencia de colisión o paralelismo entre los planes de interpretación internacional y nacional.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Consular · Detenido Extranjero · Convención de Viena sobre Relaciones Consulares · Jurisprudencia.

1 Introdução

Nos últimos séculos, coube ao denominado Direito Consular regular a função de proteção e assistência aos nacionais de determinado Estado quando eles se encontrarem em território estrangeiro. Um dos fundamentos dessa proteção e assistência destinada ao nacional do *Estado que envia*¹ está na fragilidade experimentada pelo indivíduo imerso em sistemas culturais, linguísticos, sociais, jurídicos, etc., diferentes dos seus.

No ano de 1963, especificamente, com a elaboração da Convenção de Viena sobre Relações Consulares – CVRC, que veio a codificar o Direito Consular disperso em normas consuetudinárias e em tratados bilaterais, foi idealizado o seu artigo 36(1)(b). O dispositivo tem a finalidade especial de assistir ao nacional do Estado que envia em um momento de extrema fragilidade: quando ele se encontra preso em território estrangeiro².

Casos recentes apresentados nos noticiários internacionais vêm suscitando indagações sobre a forma e a amplitude da referida assistência, como a dos brasileiros condenados por tráfico internacional na Indonésia. Neles, houve a prestação da assistência consular, embora não se possa garantir que de seu provimento decorra êxito absolutório, como em qualquer tipo de assistência ou aconselhamento. Em outros casos, por outro lado, envolvendo nacionais mexicanos nos Estados Unidos, sequer se deu a oportunidade do exercício da devida assistência consular. É o que ocorreu com Humberto Leal Garcia, em 2011, cidadão mexicano que teve sua sentença a pena de morte executada no estado do Texas.

Indaga-se, assim: em que, exatamente, consiste a assistência consular ao preso estrangeiro e de que forma o artigo 36(1)(b) da CVRC é interpretado nos tribunais internacionais? São estas interpretações seguidas pelos Tribunais Superiores Brasileiros, sob o prisma do Brasil como *Estado receptor*³ de estrangeiros?

No plano internacional, pelo menos dois tribunais internacionais já se pronunciaram sobre o assunto: a Corte Internacional de Justiça – CIJ, através da sua competência originária decorrente do Protocolo adicional nº 01 à CVRC, nos casos

1 Neste estudo, Estado que envia é o Estado do qual é nacional o indivíduo restringido em sua liberdade.

2 Utilizar-se-á *preso* em sentido amplo, uma vez que as disposições do Artigo 36(1)(b) da CVRC englobam qualquer condição de privação de liberdade como a de estar “preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.”(ONU, 1963).

3 Neste estudo, Estado receptor é o Estado que priva a liberdade do nacional do Estado que envia.

Breard, *LaGrand* e *Avena* (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE; 1998, 2001, 2004); e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em sua competência consultiva, na Opinião Consultiva nº 16/1999 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999). No plano doméstico, dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal – STF podem ser considerados paradigmáticos: *MVDB* (BRASIL, 2004, 2005, 2006) e *MW* (BRASIL, 2009)⁴, com alusão às decisões dos referidos tribunais internacionais. Ao mesmo tempo, decisões recentes sugerem haver algum grau de mitigação das obrigações previstas na CVRC à luz de princípios processuais penais brasileiros, como o de *não haver nulidade sem prejuízo*.

No decorrer deste artigo, desenvolve-se, justamente, um olhar crítico sobre a construção dos direitos previstos no artigo 36 da CVRC pelos tribunais internacionais e a jurisprudência pátria. Inicialmente, esclarecem-se os distintos sentidos e usos da terminologia consular. Na sequência, apresentam-se o texto literal do referido dispositivo e a respectiva jurisprudência da CIJ e CIDH. Em seguida, é trazido o contexto nacional para, finalmente, verificar confronto ou paralelismo entre as interpretações no plano internacional e no doméstico.

2 A Assistência Consular

A função de assistência realizada pelo *Estado que envia* através da sua repartição consular e dos funcionários consulares é considerada uma das atividades mais elementares da repartição consular. Em termos gerais, consiste em prestar aos nacionais do *Estado que envia*, pessoas físicas ou jurídicas, toda a ajuda, assistência e, se for o caso, a informação que necessitem para tratar de resolver problemas pessoais ou profissionais que lhes ocorram no *Estado receptor* (VILARIÑO PINTOS, 2011, p. 352). O funcionário consular deve fornecer apoio e assistência eficazes para os nacionais que habitem ou estejam de passagem pelo seu distrito consular (RIVIER, 1896, p. 536).

No entendimento de Maresca (1974, p. 221), é possível identificar duas formas de exercício da função de assistência consular; uma segue a regra geral (interna), e a outra a título excepcional (externa). A assistência consular realizada de forma interna é feita pela repartição consular por meio de recursos próprios, ou seja, sem o recurso às autoridades locais do Estado receptor. Nesses termos, a função se realiza na informação e conselho conferidos em situações, por exemplo, de como seu nacional

4 Para preservar a identidade dos indivíduos, optamos por abreviar o nome civil dos mesmos.

deverá atuar diante das autoridades do Estado receptor ou sobre o cumprimento do seu ordenamento jurídico. Já a assistência consular na forma externa pode consistir, por exemplo, em solicitar às autoridades locais a informação necessária para poder assistir devidamente aos seus nacionais. No caso de atuação frente aos órgãos jurisdicionais do Estado receptor, a repartição consular poderá indicar ou proporcionar um advogado para o seu nacional ou um intérprete para atuar em juízo. Mesmo atuando diante das autoridades locais, como pondera Biscottini (1969, p. 13), a atuação da repartição consular é substancialmente recomendatória, e não é diferente de uma pessoa influente.

A doutrina tem ainda identificado dois tipos de manifestação da assistência consular em sua forma externa. A primeira delas, convencionada no artigo 5(i) da CVRC, dispõe caber ao funcionário consular representar os nacionais do *Estado que envia* e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do *Estado receptor*, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último. Visa conseguir, de acordo com as leis do Estado receptor, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses desses nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam defendê-los em tempo útil (BISCOTTINI, 1969, p. 16). A segunda manifestação específica é a atinente à regra do artigo 36 da CVRC, de maior interesse deste artigo, pois versa justamente sobre o instituto da assistência consular ao preso estrangeiro.

Sobre ela, em que pese o enunciado no preâmbulo da CVRC que dispõe ser o Direito Consular codificado destinado aos Estados, ao se fazer uma interpretação extensiva⁵ da norma em estudo, identificam-se três sujeitos a quem são conferidos direitos e deveres distintos. São eles, nomeadamente, o nacional do *Estado que envia* – preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira –, ao qual são conferidos direitos frente ao seu Estado de nacionalidade (*Estado que envia*) e ao *Estado receptor*; o *Estado que envia*, ao qual são conferidos direitos em relação ao *Estado receptor* e deveres frente ao seu nacional; e o *Estado receptor*, que possui deveres diante do *Estado que envia* e do estrangeiro em seu território.

Na próxima seção, detalhamos as particularidades desse conjunto de direitos partindo de uma breve remissão histórica à elaboração da CVRC.

5 Interpretação essa subsidiada pela jurisprudência internacional, nomeadamente os casos *Breard*, *LaGrand* e *Avena* do Tribunal Internacional de Justiça, e a Opinião Consultiva de nº 16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 Dos Direitos Consulares do Preso Estrangeiro

Nos idos dos anos 1960, não era o propósito da Comissão de Direito Internacional – CDI, em sua missão codificadora do Direito Internacional, que o artigo 36 da CVRC conferisse direitos individuais subjetivos ao nacional do *Estado que envia*. A CDI seguia a cartilha de que um eventual tratado sobre normas consulares estivesse em consonância com a prática e teoria de um Direito Internacional Público – DIP estritamente interestatal.

O indivíduo era considerado como simples objeto, e não sujeito do DIP (CASSESE, 1991, p. 119-127). Mesmo com o processo de humanização do DIP, no contexto do pós-Guerra, a CDI mantinha fidelidade a *ratio* interestatal da instituição consular ao não atribuir, textualmente, direitos subjetivos ao nacional do *Estado que envia*.

O primeiro sinal de mudança de paradigma foi acontecer no ano de 1979, quando os Estados Unidos da América – EUA buscaram diante da CIJ a satisfação dos seus direitos diplomáticos e consulares violados durante a invasão de sua embaixada em Teerã. Não obstante, foi por meio da Opinião Consultiva nº 16, elaborada pela CIDH em 1994, que houve a verdadeira ruptura com o reconhecimento de atribuição de direitos individuais pelo artigo 36 da CVRC (TRINDADE, 2008, p. 47).

No mesmo sentido, no caso *LaGrand*, julgado no ano de 2001, foi feito o reconhecimento, pela primeira vez dentro da competência contenciosa da CIJ, da atribuição de direitos individuais pela CVRC. Em sua análise do caso, o tribunal desconsiderou os argumentos do Estado demandado (COGAN, 2008, p. 385-391) – EUA – de que a referida norma só conferia direitos aos Estados, devido ao caráter eminentemente interestatal e recíproco do Direito Consular (GRAHAM, 2007, p. 70). É elucidativa a frase do juiz Simma inúmeras vezes citada no caso: “*why something which looks like an individual right, feels like an individual right and smells like an individual right should be anything else but an individual right?*” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2001)⁶.

O entendimento, primeiro expressado pela CIDH, na Opinião Consultiva nº 16/1999, e depois pela CIJ (caso *LaGrand*), foi repetido por esses tribunais internacionais, respectivamente, na Opinião Consultiva nº 18/2002, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes sem Documentos*, e no caso *Avena e Outros Nacionais Mexicanos*, do ano 2003. Consolidou-se na jurisprudência internacional, assim, a ideia que o artigo 36 da

6 Por que algo que se parece com um direito individual, percebe-se como um direito individual e “cheira” como um direito individual deve ser algo que não seja um direito individual? (tradução nossa).

CVRC confere direitos individuais aos nacionais do Estado que envia.

Assumindo-se, então, a natureza de direito individual, pode-se dizer que ao nacional do *Estado que envia* é conferido um conjunto inter-relacionado de direitos. Tratam-se dos direitos de *informação, notificação, comunicação* e de receber *assistência consular*, abordados na sequência (ALMEIDA, 2013, p. 55-77).

3.1 Direito de Informação sobre a Assistência Consular

O direito de informação sobre a assistência consular é angular em todo o sistema do instituto da assistência consular ao preso estrangeiro garantido pela CVRC. Esse direito é pressuposto obrigatório para que os outros direitos decorrentes do mesmo artigo sejam cumpridos tanto pelo *Estado receptor*, quanto pelo *Estado que envia*.

Esse direito foi codificado na última frase do artigo 36(1)(b) da CVRC⁷. Nela, aduz-se que o *Estado receptor* deverá, através da autoridade competente, informar *imediatamente* o nacional do *Estado que envia* de que este possui direitos decorrentes do próprio artigo 36. Tais direitos seriam o de *notificação, comunicação consular e assistência consular*, posteriormente analisados.

O respeito pelo direito de informação do preso estrangeiro é cumprido pelo *Estado receptor* a partir do momento em que este informa *imediatamente* ao nacional do *Estado que envia* dos direitos à notificação, comunicação e assistência consular. Essa informação, que deve ser prestada pelo *Estado receptor*, pode ser oral ou escrita e, como disposto no próprio texto da Convenção, deve ser feita imediatamente após a restrição da liberdade do nacional do *Estado que envia*. A partir dessa leitura, depreendem-se três elementos que caracterizam o direito à informação: o *de fundo* (ou *substancial*), o *de forma* e o *temporal*.

O primeiro elemento – *de fundo* – refere-se ao conteúdo da informação a ser dada ao nacional do *Estado que envia*. Esse conteúdo, como mencionado, abarca o *direito de notificação, comunicação consular e a informação de que poderá ser assistido pelos funcionários consulares*. Quanto ao segundo elemento – *de forma* –, ao se aduzir que a informação a ser prestada pode ser oral ou escrita, percebe-se que o *Estado receptor* tem a faculdade de escolher a forma de prestar o direito de informação, uma vez que serão exercidas de acordo com as suas leis e regulamentos. Deve-se, contudo, levar-se em conta que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos – art. 36(2) da CVRC. Além disso, ao longo

7 Artigo 36(1)(b) da CVRC: “Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo” (ONU, 1963).

da construção jurisprudencial deste elemento, nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, considera-se que, caso o nacional do *Estado que envia* não compreenda ou não fale suficientemente bem a língua utilizada pelas autoridades do *Estado receptor*, a informação deve ser feita em língua que aquele entenda. Caso contrário, a informação transmitida pelas autoridades do Estado receptor restaria sem efetividade, carente de produzir os efeitos desejados pelo artigo 36(1) da CVRC (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002). Por fim, o elemento *temporal* do direito de informação é fonte de controvérsias. Divergem a CIDH e a CIJ quanto à interpretação do termo *without delay*⁸, disposto na última parte do art. 36(1)(b) da CVRC, em sua versão em língua inglesa.

A CIDH, em sua interpretação do termo *without delay*, buscou, segundo Graham (2007, p. 25-26), o *effet utile*⁹ dos direitos reconhecidos no artigo 36 da CVRC. O direito de informação consular teria, para a CIDH, o propósito de conferir ao nacional do *Estado que envia* uma defesa eficaz, e, deste modo, a informação deve ser oportuna. É dizer, ser efetivada no momento processual adequado para tal objetivo. Nesses termos, a CIDH interpreta que se deve proporcionar a informação no momento em que se priva de liberdade o nacional do *Estado que envia*, e, em todo caso, antes que este forneça a sua primeira declaração perante a autoridade do *Estado receptor*. Por sua vez, a CIJ (2004, p.43) se concentrou em precisar esse momento. Assim, deve ser efetivado a partir da constatação de que o indivíduo preso não possui a nacionalidade do *Estado receptor*, ou indícios suficientes para isso.

Não obstante os diferentes enfoques dos dois tribunais internacionais, entende-se, neste artigo, a possibilidade de compatibilizá-los. É evidente que o dever do *Estado receptor* de informar o indivíduo preso dos seus direitos consulares surge a partir do momento em que as autoridades têm conhecimento ou suspeita de que ele não possui a sua nacionalidade. Se se exigisse que as autoridades do *Estado receptor* informassem todos os indivíduos presos sobre direitos consulares, antes mesmo de se saber suas nacionalidades, criar-se-ia uma situação desarrazoada de comunicações desnecessárias. Ao mesmo tempo, a definição da nacionalidade pode não ser claramente depreendida na execução do ato construtivo de liberdade. A CIDH (1999, p. 60) ressalta que, em algumas situações, o próprio preso pode tentar encobrir sua nacionalidade por temores de deportação ou persecução penal no seu Estado de origem. De fato, não é incomum

8 Na versão em língua portuguesa da CVRC, encontra-se a expressão *imediatamente*, que dá menos margem a interpretações divergentes, como a correspondente na versão inglesa.

9 Efeito útil (tradução nossa).

que o estrangeiro tenha grau de fluência na língua local que permita tal encobrimento. Ao mesmo tempo, tem-se a preocupação de que a determinação da nacionalidade se dê em momento anterior a qualquer declaração do preso.

O bom cumprimento da norma do artigo 36 da CVRC ensejaria, assim, a particularização, no sistema penal dos Estados-Partes, das interpretações apontadas. No caso brasileiro, com a constrição da liberdade do nacional do *Estado que envia*, mas antes de se proceder ao seu interrogatório, as autoridades brasileiras deveriam buscar elementos de convencimento acerca da nacionalidade do indivíduo preso através de documentação que este portar, entrevista com o mesmo ou busca realizada em banco de dados. Verificando-se ou suspeitando-se que o indivíduo não possui a nacionalidade do *Estado receptor*, deverão as autoridades informar o preso de seus direitos consulares em idioma que este compreenda. Evita-se, dessa maneira, que a manifestação do indivíduo preso ocorra sem a presença de um advogado ou outra autoridade defensora, causando vícios no processo de acusação e prejuízos ao estrangeiro preso.

É de fundamental relevância o locupletamento deste primeiro ato. Se as autoridades de um Estado não cumprem com seu dever de informar, o estrangeiro privado de sua liberdade poderá não ter conhecimento dos seus demais direitos consulares. Como consequência, também será extremamente difícil que a repartição consular tenha conhecimento da prisão do seu nacional.

3.2 Direito de Notificação Consular

O direito de notificação consular¹⁰ integra o elemento *substancial* do direito de informação consular, como já indicado. Está previsto na primeira parte do artigo 36(1)(b) da CVRC¹¹. Conceitua-se como o direito do nacional do *Estado que envia* de solicitar e obter que as autoridades competentes do *Estado receptor* informem, sem tardar, sobre sua prisão à repartição consular.

Note-se a discricionariedade dada ao nacional do *Estado que envia*. Ao ser informado do seu direito de notificação, o estrangeiro tem a *faculdade*, segundo o dispositivo, de optar se sua prisão será ou não informada à repartição consular do

10 Ou, simplesmente, *direito de notificação*.

11 Art. 36(1)(b) da CVRC: "*se o interessado lhes solicitar*, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira" (ONU, 1963, grifos nossos).

Estado nacional e se deseja ser assistido pelo mesmo. Essa condicionante, baseada na vontade do indivíduo, foi motivo, nos dizeres de Maresca (1974, p. 227), de uma das “*fases más laboriosas, difíciles y, a veces, dramáticas de la historia de la Conferencia*”¹² que discutia a CVRC. Maresca (1974, p. 225-126) chega a esse entendimento em virtude das mudanças ocorridas no projeto de artigos apresentado pela CDI no decorrer da Conferência, em relação ao caráter automático ou condicional do direito de notificação. Segundo o autor, a norma consular de Direito consuetudinário tende a estabelecer um dever automático de informação por parte das autoridades locais à repartição consular do *Estado que envia*, prescindindo da manifestação de vontade do indivíduo, com base na presunção absoluta do seu desejo de receber assistência consular.

De início, a CDI, em seu projeto de artigos da CVRC, adotou como critério a notificação automática. Posteriormente, quando o projeto foi novamente analisado, foi proposta emenda ao artigo 36, destinada a eximir as autoridades do Estado receptor do dever de informação (a repartição consular) nos casos em que o estrangeiro preso se opusesse. Entretanto, a emenda apresentada não prosperou, em votação com uma maioria restringida. Entre idas e vindas, prevaleceu no texto final aprovado a necessidade de se respeitar a vontade do indivíduo interessado, dando-se primazia ao aspecto volitivo do ato.

Em síntese, o direito à notificação consular está condicionado, unicamente, à vontade do indivíduo. Ao informar o indivíduo de seu direito de notificação consular, no caso de haver recusa, o *Estado receptor* deve se abster de informar a repartição consular da sua prisão. Consequentemente, obsta-se a promoção da assistência consular pelos funcionários consulares.

3.3 Direito de Comunicação com a Repartição Consular

O direito de comunicação com a repartição consular¹³, tal como o direito de notificação, também integra o elemento substancial do direito de informação do nacional do *Estado que envia*. O referido direito está inserido na segunda frase do artigo 36(1)(b) da CVRC¹⁴.

Pode-se conceituar o direito de comunicação como o direito do estrangeiro

12 “fases mais trabalhosas, difíceis e, às vezes, dramáticas da história da Conferência”. (tradução nossa).

13 Também será utilizada a expressão *direito de comunicação*.

14 Segunda frase do artigo 36(1)(b) da CVRC: “*Qualquer comunicação* endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente *ser transmitida sem tardar* pelas referidas autoridades [do Estado receptor]” (ONU, 1963, grifos nossos).

restringido em sua liberdade de se comunicar com a repartição consular do *Estado que envia*, e o direito de que qualquer comunicação endereçada à repartição consular seja transmitida, *sem demora*, pelas autoridades do Estado receptor.

Sugere-se, ademais, que a manutenção do sigilo de qualquer comunicação feita pelo nacional do *Estado que envia* é imprescindível. Embora não disposto no texto convencional, é por meio dessa comunicação que o nacional pode relatar casos de abusos por parte da autoridade local e más condições de encarceramento que violem a dignidade humana. Além disso, poderá fornecer à repartição consular elementos adicionais sobre o suposto fato delituoso, visando sua melhor defesa.

3.4 O Direito de Assistência Consular

Se houver consentimento do nacional do *Estado que envia*, o *Estado receptor* deverá informar, sem tardar, à repartição consular competente, sobre a restrição de liberdade do seu nacional. A partir desse momento, fica a repartição consular obrigada a promover assistência ao seu nacional. Já o *Estado receptor* não deve colocar óbices ao direito do *Estado que envia* de prestar assistência. Tem-se, então, o momento do exercício da assistência consular, conforme convencionado no artigo 5(e) da CVRC, em sua forma externa, analisada anteriormente.

Como anteriormente mencionado, tem a assistência consular ao preso estrangeiro uma conformação complexa, a ter em vista os sujeitos e regras relacionados. Primeiro, apresenta-se como um direito do nacional do *Estado que envia* de ser assistido por sua repartição consular (assistência consular ao preso estrangeiro na modalidade passiva); segundo, revela-se como um direito/dever para o *Estado que envia*. É direito em relação ao *Estado receptor* (assistência consular ao preso estrangeiro na modalidade ativa), que não deve impor óbices às investidas assistenciais da repartição consular e seus funcionários, e dever em relação ao seu nacional, pois, conforme a norma consular, a promoção da assistência pelos funcionários consulares é um dever e não uma faculdade do *Estado que envia*.

A assistência consular em sua modalidade passiva é um direito do nacional do *Estado que envia*. Isso garante ao estrangeiro o direito de receber assistência do seu Estado nacional, que tem caráter obrigatório para este, sendo que o *Estado receptor* não deve colocar obstáculos à plena concretização deste direito.

3.5 Síntese

Embora a CDI, em seu desiderato inicial, pensava a CVRC como um instrumento inserido no sistema tradicional de DIP, atribuindo apenas direitos e deveres entre Estados, as interpretações realizadas pela CIDH e a CIJ expandiram o escopo do texto convencional. Revelaram, assim, a presença de direitos individuais nos dispositivos analisados da CVRC.

Nessa perspectiva, deve-se ressaltar que os direitos consulares do preso estrangeiro guardam uma dependência umbilical com o direito de informação. Essa centralidade é evidenciada, pois muitas vezes o conjunto de direitos conferidos – notificação, comunicação e assistência – é simplesmente desconhecido pelos nacionais do *Estado que envia*. Não é por outra razão que se aprofundou sobre o significado do elemento temporal (*without delay*; imediatamente) do direito de informação. No sistema jurídico brasileiro sugerimos inclusive que, uma vez identificada a nacionalidade estrangeira do preso ou se suspeite dessa qualidade, deve-se proceder à efetivação do direito de comunicação em momento anterior ao interrogatório.

Como elementos de fundo do direito de informação, em síntese, o direito de *notificação* é a *faculdade* do preso de solicitar e fazer chegar a sua repartição consular a ciência, *sem tardar*, sobre sua prisão. O direito de *comunicação*, por sua vez, visa garantir, igualmente sem demora, que suas comunicações alcancem a repartição consular. O direito de assistência, por fim, conforma-se em mais de uma dimensão. Salientou-se o direito do nacional do *Estado que envia* de ser assistido por sua repartição consular, assim como o direito, do *Estado que envia* em relação ao *Estado receptor*, de não ter óbices impostos às investidas assistenciais da repartição consular.

A seção seguinte, para os propósitos deste artigo, busca avaliar de que forma as jurisprudências dos Tribunais Superiores brasileiros se amoldam ao prescrito na CVRC e à jurisprudência das Cortes Internacionais.

4 Análise da Jurisprudência Brasileira

A jurisprudência coletada para o desenvolvimento deste artigo corresponde aos julgados do STF e do STJ no intervalo temporal entre 1º de janeiro de 2005 e 30 de setembro de 2014. Cobre-se, praticamente, dez anos de jurisprudência dos Tribunais

Superiores. O parâmetro inicial da pesquisa foi o termo *consulado*¹⁵.

A pesquisa, no sistema de buscas do STF, resultou em 12 Acórdãos, 58 decisões monocráticas e 16 decisões da presidência; no do STJ, em 31 Acórdãos. Cada uma dessas decisões foi analisada individualmente com o fim de se selecionar aquelas pertinentes ao estudo¹⁶.

Aplicada essa metodologia, obteve-se um conjunto diminuto de seis decisões¹⁷. Para efeitos deste artigo, as duas inicialmente analisadas dizem respeito ao que se sugere ser os *leading case*¹⁸s na matéria: *MVDB* e *MW*. Na sequência, as demais trazem dois tipos de reflexão: (i) se se caminha, na prática, para a notificação automática da repartição consular estrangeira sem levar em conta a vontade do preso; e (ii) a natureza dos direitos consulares como obrigações de meio ou fim, no sistema processual penal brasileiro.

4.1 Casos Paradigmáticos: MVDB e MW

No caso *MVDB*, envolvendo a extradição de um nacional belga, a pedido do governo da Itália, com base em alegada prática de tráfico internacional, houve uma sequência de despachos (BRASIL, 2004, 2005, 2006). Coube a relatoria de todos eles ao então Ministro Joaquim Barbosa.

No primeiro deles, o Relator decidiu favoravelmente sobre o pedido de prisão preventiva do extraditando (BRASIL, 2004), com base em Tratado de Extradicação entre Brasil e Itália. No despacho subsequente, relata-se que foi aberto vista à Procuradoria-Geral da República – PGR para que o órgão se pronunciasse sobre diversos pedidos incidentais, incluindo sobre a intimação do Consulado da Bélgica, de interesse deste estudo.

A PGR se pronunciou sobre a não necessidade de intimação do Consulado. Em sua análise, o Relator concorda com o posicionamento da PGR, na medida que “a

15 Realizada em 30 de setembro de 2014, por meio dos sites do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>) e do STJ (<http://www.stj.jus.br/SCON/>); a opção *Todos os tipos de documentos* foi selecionada.

16 O escrutínio consistiu em selecionar as decisões contendo as sequências textuais *assist*, *notific* ou *Viena*.

17 A redução é consequência da amplitude do termo *consulado* como parâmetro da pesquisa inicial. Foram capturados, na pesquisa no site do STF, julgados sobre execução fiscal, expulsão de estrangeiro e questões de áreas diversas envolvendo consularização (ou *chancela*) sobre documentos estrangeiros. Uma vez excluídas as decisões que não diziam respeito ao objeto de estudo, justifica-se a redução.

18 “caso paradigmático” (tradução nossa).

Bélgica não possui interesse propriamente processual no caso” (BRASIL, 2004). Por outro lado, aponta a existência de outra necessidade, como decorrência do art. 36(1) (b) da CVRC, dispositivo que consagraria o que a prática internacional, segundo o Relator, teria denominado direito de assistência consular. Amparando-se nos também paradigmáticos casos *La Grand* e na Opinião Consultiva nº 16 da CIDH, destaca o Relator que:

sempre que as autoridades detiverem um estrangeiro, deve este ser informado de que possui a prerrogativa de solicitar a assistência de autoridade consular de Estado do qual é nacional. Do mesmo modo, se o indivíduo fizer a solicitação, a comunicação às autoridades consulares estrangeiras não lhe pode ser negada. A doutrina internacionalista, bem como a maciça jurisprudência de tribunais internacionais, tem enfatizado que existe um direito humano à solicitação de assistência consular. (BRASIL, 2005).

Em seguida, o Relator levanta duas indagações: “(i) Em que casos de extradição surge a necessidade de aplicação do dispositivo do tratado? e (ii) sabendo-se que a prisão, nos casos de extradição, é mera condição para o seu processamento, pode-se afirmar ser impositiva a aplicação do art. 36 (1)(b)?” (BRASIL, 2005). Sobre o primeiro ponto, aponta a aplicação do dispositivo apenas quando o pedido *não se referir a nacional do Estado demandante*. Tratar-se-ia de uma questão eminentemente lógica. Não haveria sentido “algum a solicitação, pelo indivíduo, da assistência consular ao Estado que, em primeira análise, deu causa a sua prisão ao formular pedido de extradição” (BRASIL, 2005). É a hipótese que se delinearía se se discutisse a necessidade de notificação do Consulado italiano em uma extradição envolvendo um nacional italiano, o que não era o caso. No segundo ponto, entendeu o Relator ser a linguagem da CVRC suficientemente ampla para abarcar toda e qualquer privação de liberdade, incluindo aquela decorrente do processamento do pedido de extradição. Determina, então, a expedição de ofício:

ao diretor da penitenciária em que se encontra o extraditando, a fim de que seja este informado de que, à luz do art. 36 (1), b, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Decreto 61.078, de 26.07.1967), possui o direito de solicitar a comunicação de sua prisão no Brasil às autoridades consulares belgas. (BRASIL, 2005).

Por fim, o Relator negou provimento à extradição, por uma questão completamente alheia aos direitos previstos na CVRC. Tratava-se da ausência de informação sobre o fato de o extraditando já ter cumprido ou não pena na Bélgica pelos mesmos atos

criminosos objeto da extradição, o que seria uma hipótese de não extradição. Nesse ponto, depreende-se que o próprio STF havia solicitado informações à embaixada da Bélgica acerca da existência ou não do cumprimento da pena pelo mesmo crime. Ao responder ao pedido, entretanto, informou a Embaixada belga não estar habilitada a fornecer as informações, indicando a necessidade de formulação de carta rogatória para se obtê-las (BRASIL, 2006).

Embora o teor da formulação da pergunta pelo STF e a resposta da Embaixada parecem perfazer o direito de notificação contidas na CVRC, ressalve-se que o Relator sugere serem atos distintos. Sua interpretação, manifestada anteriormente, é a de que a “citação judiciária das autoridades consulares belgas não é propriamente a informação de que trata o art. 36 (2) b [sic 36(1)(b)], de modo que cabe ao Ministério das Relações Exteriores fazê-la, se requerida pelo extraditando” (BRASIL, 2005).

A decisão revela consistência entre o estudado no plano internacional e sua aplicação no caso concreto, em alguns pontos. Além da alusão à natureza de direito individual do direito consular, prima-se pela distinção técnica entre o direito de informação, de notificação (e seu caráter facultativo) e de assistência. Mais ainda, reforça-se entendimento de que os ritos consulares concernentes possuem formalidades próprias. Isso é, a citação da embaixada belga, para efeitos de interesse processual na extradição, não supre o direito de notificação. São atos distintos e não se substituem. Ao mesmo tempo, percebe-se que o direito de informação ocorreu em algum momento posterior ao ato de constrição de liberdade do extraditando e não de forma imediata.

No que toca o caso *MW*, verifica-se um largo arrazoado sobre a disciplina do artigo 36 (1)(b). O caso consistia em requerimento de extradição de um nacional alemão (*MW*), a mando do próprio governo Alemão. Alegava-se a prática do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (cocaína) (BRASIL, 2009).

Em maio de 2008, decretou-se, no Brasil, a prisão preventiva para fins de extradição. Na ausência de tratado de cooperação, transitava o pedido por via diplomática, com base em reciprocidade. Como ocorre em casos de extradição, o Acórdão percorre questões relativas à análise das condições de admissibilidade da extradição – como dupla tipicidade, extinção de punibilidade e prescrição – além da competência jurisdicional do Estado requerente (BRASIL, 2009).

Ao analisar a alegação de nulidade do processo de extradição em função do depoimento do extraditando ter sido colhido ilegalmente por agentes da Polícia Federal alemã que se fizeram passar por agentes diplomáticos, o Relator destacou o

parecer do Ministério Público Federal:

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em seu art. 36, 1 (b), determina que a autoridade competente do Estado receptor, no caso, o Brasil, deverá, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um estrangeiro for preso ou detido e também deverá informar imediatamente o interessado preso ou detido acerca desse direito. Na verdade, o objetivo de tal norma é assegurar que os detidos estrangeiros recebam o apoio consular a fim de que compreendam seus direitos legais e que tenham à disposição todos os meios para preparar uma defesa adequada, tendo em vista as eventuais dificuldades oriundas da falta de conhecimento do idioma local e da natureza do procedimento criminal do Estado receptor. Ora, compulsando os autos, verifica-se que, as autoridades policiais brasileiras preservaram o direito do extraditando de comunicar-se com os agentes consulares por ocasião de sua prisão em flagrante e de constituir à sua escolha um advogado para representá-lo. (BRASIL, 2009, p. 23).

E é no voto do Ministro Celso de Mello que as obrigações da CVRC são, novamente, delineadas. Primeiro, ao se apontar a natureza dupla da notificação consular:

A notificação consular em questão, tal como delineada no Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, revela-se ato bifronte, pois se mostra impregnado, quanto aos seus destinatários, de dupla subjetividade, eis que dirigido ao agente consular (que tem a liberdade de comunicar-se e de visitar os respectivos nacionais, mesmo quando presos) e ao estrangeiro sob custódia do Estado receptor (que tem o direito de solicitar às autoridades nacionais a cientificação de sua prisão à repartição consular competente, bem assim a faculdade de avistar-se com o agente consular de seu próprio país (BRASIL, 2009, p. 32).

Depois, ao alçar a notificação consular ao *universo conceitual básico da pessoa humana*, aludindo à expressão utilizada pelo professor Cançado Trindade na Opinião Consultiva nº 16 da CIDH (BRASIL, 2009, p. 33). Ainda, por lembrar que o não cumprimento da formalidade pelas autoridades brasileiras, em prisões envolvendo estrangeiros, implica em potencial transgressão de obrigação no plano internacional (BRASIL, 2009, p. 33). Por último, com base na referida Opinião Consultiva, por destacar o momento de realização da notificação, há de ser efetivada no “exato momento em que se realizar a prisão do súdito estrangeiro e, em qualquer caso, antes que o mesmo preste a sua primeira declaração perante a autoridade competente” (BRASIL, 2009, p. 34).

Outrossim, enfatiza o voto do Ministro Celso de Mello o desrespeito recorrente, em outros países, da obrigação de notificação contida na CVRC. Relaciona os notórios

casos *Breard*, *La Grand* e *Avena* nos quais a CIJ havia decidido que a notificação consular em referência se constitui em:

garantia indisponível que assiste a qualquer pessoa estrangeira submetida a prisão em território sujeito à soberania de qualquer outro Estado nacional. A essencialidade dessa notificação consular resultado do fato de permitir, desde que formalmente efetivada, que se assegure a qualquer pessoa estrangeira que se encontre presa, a possibilidade de receber auxílio consular de seu próprio país, viabilizando-se lhe, desse modo, o pleno exercício de todas as prerrogativas e direitos que se compreendem na cláusula constitucional do devido processo (BRASIL, 2009, p. 38-38).

Entretanto, ao avaliar o caso, na espécie, entende o Ministro ter sido cumprida a notificação em referência, reproduzindo a manifestação da PGR de que as autoridades policiais brasileiras “preservaram o direito do extraditando de comunicar-se com os agentes consulares por ocasião de sua prisão em flagrante e de constituir à sua escolha um advogado para representá-lo” (BRASIL, 2009, p. 37-39). Embora não se possa depreender da análise o sentido prático de *preservaram*, a manifestação, na sequência, do Ministro Marco Aurélio é reveladora da pouca familiaridade das obrigações da CVRC.

Expressa o Ministro o quão nova era a situação concreta com que se deparava, revelando terem passado muitos processos em suas mãos sem a observância da formalidade da notificação em estudo. Ao seu ver, a notificação se mostraria essencial à validade do ato de constrição (BRASIL, 2009, p. 40).

Atendidos todos os requisitos para a extradição, o Tribunal, por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, deferiu o pedido de extradição.

Podem-se observar pelo menos três questões nas manifestações ministeriais neste caso. Primeiramente, o arrazoado do Ministro Celso de Mello se coaduna com as distinções conceituais do conjunto de direito feitas pelas cortes internacionais. Já a alusão pelo Ministro Joaquim Barbosa à *obrigação* de notificação pelo Estado receptor à repartição consular (e não à *faculdade*) destoa do que ele mesmo havia sugerido no caso anterior (MVDB). Por fim, as palavras do Ministro Marco Aurélio têm o condão de, curiosamente, revelar que se trata de matéria potencialmente não levada em conta em casos passados. Ao mesmo tempo indica sua importância; seu descumprimento das formalidades atingiria o plano da validade processual penal.

Os próximos blocos desenvolvem as dualidades: (4.2) a obrigação/faculdade da notificação consular; e (4.3) a validade/invalidade do processo penal pelo descumprimento do artigo 36(1)(b) da CVRC.

4.2 Rumo à Notificação Automática?

No caso *GFS*¹⁹ (BRASIL, 2008), levado ao STJ pela Defensoria Pública da União em favor de um brasileiro e de GFS, peruano, atacava-se decisão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1) que os condenou a pena privativa de liberdade por tráfico internacional. A decisão perpassa preliminares, como incompetência de juízo, nulidade de laudo toxicológico e, de interesse deste artigo, a questão da ausência de notificação consular, no que tocava ao réu estrangeiro, GFS.

Sobre essa preliminar, o Relator entendeu:

Inviável se mostra o conhecimento da questão relativa à assistência consular para o réu estrangeiro, uma vez que não foi demonstrado que esse direito lhe tenha sido negado. Ao contrário disso, extrai-se dos autos que a Polícia Federal, mediante ofício, comunicou o Cônsul do Peru em Rio Branco/AC sobre a prisão em flagrante do seu compatriota. (BRASIL, 2008, p. 7).

No caso *AN*²⁰ (BRASIL, 2012), trazido ao STF como *habeas corpus* – HC em 2012, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União – DPU contra decisão do STJ, constatou-se, igualmente, a existência do ato de notificação consular. Em pauta, a legalidade das prisões em flagrante e preventiva de AN, nacional alemão.

Para o que interessa neste artigo, o HC sustentava que “a autoridade policial *não teria nomeado intérprete* ao paciente, de nacionalidade alemã, e *não teria comunicado a mencionada prisão ao respectivo Consulado*” (BRASIL, 2012, grifos nossos).

Por outro lado, o Relator, Celso de Mello, apontou que:

Embora relevante a alegação de descumprimento, por autoridade nacional competente, da determinação constante da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, cujo Artigo 36 *torna necessária a notificação consular na hipótese de prisão*, em nosso País, de súditos estrangeiros (*v. a propósito, meu voto na Ext 1.126/Alemanha*), cabe observar que se registrou, no caso, esse ato de comunicação ao Cônsul do Estado de nacionalidade do ora paciente (referência feita no acórdão ora impugnado), a significar, portanto, que se respeitou, na espécie, referida cláusula convencional (BRASIL, 2012, p. 7).

19 A sigla corresponde ao nome civil abreviado do indivíduo.

20 A sigla corresponde ao nome civil abreviado do indivíduo.

Já em *MADL*²¹, a Primeira Turma do STF, em 2013, deferiu pedido de extradição do nacional paraguaio, atendendo requerimento do Governo Alemão, por prática de crime de lavagem de dinheiro relacionada a narcotráfico. Deu-se ciência à Embaixada da Alemanha, sobre o prazo de 60 dias, para retirada do extraditando do País (BRASIL, 2013).

Sob a denominação *Reclamação Diplomática*, a Embaixada Paraguaia intercedeu no procedimento alegando, entre outros pontos, não se ter observado o art. 36 (1) (b) e o artigo 1º da Resolução nº 162/2012 do Conselho Nacional de Justiça. A referida Resolução estabelece:

A autoridade judiciária deverá comunicar a prisão de qualquer pessoa estrangeira à missão diplomática de seu Estado de origem ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça, *no prazo máximo de cinco dias* (BRASIL, 2012, grifos nossos).

O Ministro Relator, Luiz Fux, traz à baila o parecer do MPF, que se expressou nos seguintes termos:

A reclamação não procede. É certo que é muito recomendável que o nacional estrangeiro seja de imediato cientificado de que tem direito à assistência consular, bem como que as autoridades sejam comunicadas da prisão de seu nacional. Mesmo assim, no caso, a omissão dessa formalidade não se traduz em ilegalidade da prisão pois, ao tratar da comunicação com os nacionais do “Estado que envia”, o art. 36, 1, “b”, da “Convenção de Viena sobre Relações Consulares” reza que a assistência consular depende de solicitação do interessado. O extraditando foi preso em 15.02.2013 e, mesmo tendo advogados constituídos, nada postulou até o julgamento da extradição, somente se dirigindo ao consulado paraguaio quando o processo atingiu a fase da entrega, enviando uma carta datada de 06.10.2013. (BRASIL, 2013, p. 5, grifos no original).

O Relator faz referência, então, à assertiva do Ministro Marco Aurélio no caso *MW*, sobre a novidade com a qual aquele Ministro se defrontava e que muitos processos teriam passado em suas mãos sem observância da devida formalidade (BRASIL, 2013, p. 6). Mas, no caso concreto, aduz que:

a prisão do cidadão paraguaio foi efetivada em 15/02/2013 para fins de extradição requerida pela República Federal da Alemanha, a fim de que ali responda pelo suposto crime de lavagem de dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes, *sendo certo que o advogado constituído nos autos nada*

21 A sigla corresponde ao nome civil abreviado do indivíduo.

requereu até o julgamento do pleito extradicional, relativamente à mencionada exigência convencional, somente se dirigindo ao consulado paraguaio na fase de entrega do extraditando. (BRASIL, 2013, grifos nossos).

Ao final, não foi provida a Reclamação Diplomática.

Como ponto comum dos casos, é de se observar que, de forma geral, as discussões se desenvolvem em torno do direito de notificação. O caso *AN*, adicionalmente, envolve a alegação da ausência de intérprete, o que se relaciona com o direito de informação.

Não se pode depreender da simples leitura dos Acórdãos se, anteriormente à notificação, a efetivação do direito de informação ocorreu em sua plena substância (notificação, comunicação e assistência), seu aspecto temporal, tampouco se deu a pedido do estrangeiro. Poder-se-ia mesmo especular que a ausência de uma discussão mais aprofundada sobre esses pontos se deve à própria atuação da defesa do réu, ao não apontar eventuais vícios na consecução dos diversos elementos que conformam o direito de informação.

Ao se adentrar, entretanto, em um campo meramente especulativo, opta-se apenas por chamar a atenção da oscilação das decisões entre o dever ou o condicionamento da notificação à vontade do preso. Os casos *GFS* e *AN* sugerem que, na prática, as autoridades pendem para a notificação automática. De fato, pelo menos na esfera judiciária, a partir de 2012, estabeleceu o CNJ ser esse o procedimento para as autoridades sob sua competência. Já em *MADL*, o arrazoado do Relator e do MPF se coadunam com o disposto literalmente na CVRC; a notificação é uma faculdade do preso.

4.3 Rumo à Instrumentalidade do Artigo 36(1)(b)?

Em *IB*²², tem-se recurso ordinário em *habeas corpus*, impetrado perante o STJ, a favor de IB, de nacionalidade romena, preso em flagrante por suposto tráfico de drogas. O episódio teve origem quando IB e sua mulher foram surpreendidos no Aeroporto de Guarulhos, admitindo ingestão de cápsulas de cocaína. Lavrou-se auto de prisão em flagrante. A DPU alegou a nulidade da prisão em função de diversos pontos, incluindo a ausência de notificação da prisão ao Consulado da Romênia (BRASIL, 2010).

De principal interesse deste artigo é a ponderação, pelo juízo, das obrigações do art. 36(1)(b) à luz da processualística penal brasileira. É que, nessa seara, de

22 A sigla corresponde ao nome civil abreviado do indivíduo.

acordo com o art. 563 do Código de Processo Penal – CPP²³ e em entendimento consubstanciado há longa data na Súmula nº 523 do STF (BRASIL, 1969)²⁴, condiciona-se a nulidade penal à prova de efetivo prejuízo para o réu; princípio este retratado no brocardo *pas de nullité sans grief*²⁵.

É o que se observa na análise do Ministro Relator Jorge Mussi:

Destaque-se que, conforme ressaltou a Corte impetrada, ainda que tivessem ocorrido esses equívocos, tais circunstâncias não seriam suficientes, por si sós, para viciar o auto de prisão em flagrante, menos ainda a própria ação penal, *tendo em vista a ausência de demonstração de prejuízo efetivo ao recorrente*, “a quem, afinal, estão sendo conferidas todas as garantias constitucionais para o exercício pleno de seu direito ao contraditório e à ampla defesa (...) E, como bem asseverou o Tribunal de origem, “somente haverá falar-se em nulidade do processo quando cabalmente comprovado prejuízo efetivo à acusação ou à defesa” o que não se vislumbrou ter ocorrido no caso presente. (BRASIL, 2010, p.8, grifos nossos).

É esta a reflexão final do artigo. Seriam os vícios concernentes ao não cumprimento das formalidades do artigo 36 (1) (b) da CVRC supríveis, uma vez ausente prejuízo ao preso estrangeiro? Situar-se-ia a CVRC no campo das nulidades relativas no processo penal brasileiro?

Se, dos casos paradigmáticos, é possível extrair maior deferência a certo formalismo das exigências do artigo 36(1)(b) como pressuposto da validade do processo penal e da garantia constitucional da ampla defesa, ao condicionar seu descumprimento com eventual prejuízo ao réu, relativiza-se o disposto no tratado. Uma face desse formalismo é observada, por exemplo, no caso paradigmático *MVDB*. O Relator indicava não ser a citação da Embaixada belga, para fins de interesse processual, o mesmo ato de notificação consular da CVRC. A retórica envolvendo o *status* do artigo 36(1)(b) de *direito individual, humano* e de garantia *indisponível* que assiste a qualquer pessoa estrangeira submetida a prisão em território também se alinha com essa perspectiva. Por outro lado, a ponderação dos direitos consulares com a ausência de prejuízo retrata a mitigação das obrigações. Alinha-se com uma visão da natureza finalística destas obrigações, e não de meio, o que, no seu

23 “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. (BRASIL, 1941). No mesmo sentido, veja-se: artigos 566 e 572 do CPP.

24 Súmula 523: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. (BRASIL, 1959).

25 “Não há nulidade sem prejuízo” (tradução nossa).

incumprimento, sugeriria hipótese de nulidade relativa, na perspectiva de um sistema instrumental de nulidades no processo penal brasileiro.

5 Conclusão

Casos recentes envolvendo brasileiros presos no exterior demonstram a relevância e a contemporaneidade do debate sobre os direitos consulares, assim como nos fazem refletir sobre a atuação das autoridades brasileiras, em relação a esses direitos, na situação inversa: presos estrangeiros no país. Parte dessa dinâmica pode ser depreendida da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros.

Para esta verificação, exigiu-se, primeiramente, conhecer as disposições literais da CVRC, em especial o artigo 36(1)(b). A partir daí, fez-se a distinção doutrinária dos direitos consulares e as respectivas interpretações realizadas por dois tribunais internacionais relevantes: a CIJ e a CIDH. Destacou-se a centralidade do direito de informação consular e seus elementos de fundo – notificação, comunicação e assistência – além de seu aspecto temporal que exige sua pronta efetivação.

Ao se confrontar, entretanto, o arcabouço doutrinário e a jurisprudência internacional com a situação brasileira, revelaram-se abordagens distintas. As decisões internacionais enfocam o aspecto formalista das obrigações do artigo 36(1)(b). A jurisprudência nacional ora adere a essa abordagem, ora se distancia subordinando um eventual reconhecimento do vício à efetiva demonstração de prejuízo sofrido.

Não menos curioso é que, mesmo se empreendendo uma pesquisa nos sistemas de busca do STF e STJ, nos últimos dez anos, apenas seis decisões foram encontradas. O desconhecimento dos estrangeiros e de suas defesas sobre o arcabouço dos direitos consulares pode ser uma explicação plausível para o reduzido número de casos. Afinal, até mesmo em uma das decisões, revelou-se a possibilidade de outros processos terem sido julgados pelo STF sem a observância da formalidade do direito de notificação, por falta de familiaridade da própria Corte. Salutar, enfim, esse reconhecimento, ao suscitar um maior debate sobre a amplitude, natureza e qualidade dos direitos e obrigações do artigo 36(1)(b) da CVRC.

6 Referências

ABALDE CANTERO, Óscar. El desarrollo progresivo del Derecho Internacional a la luz de las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en torno a la Aplicación del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares. Algunas luces y no pocas Sombras. In: SOROETA LICERAS, Juan (Ed.). **La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**: Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Vol. XI. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2011.

ALMEIDA, Jeison Batista de. **A Humanização do Direito Consular à Luz do Instituto da Assistência Consular ao Preso Estrangeiro**. 2013. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 162 de 13 de novembro de 2012**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1631>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

_____. Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 65.835/AC. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 de agosto de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=808190&num_registro=200601940067&data=20080929&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 27.067/SP. Relator: Ministro Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 de março 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=953323&num_registro=200902108728&data=20100412&formato=PDF>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 523 de 10 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=523.NUME.%20NAO%20FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 954. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 de dezembro 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 954, Relator: Min. Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 de maio de 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 954, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 de junho de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.126, Relator: Ministro Joaquim

Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 22 de setembro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.294, Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 08 de maio de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.300/DF, Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 18 de dezembro de 2013.

BISCOTTINI, Giuseppe. **Manuale di Diritto Consolare**. Padova: CEDAM, 1969.

CASSESE, Antonio. Les Individus. In: BEDJAOUI, Mohammed (rédacteur général). **Manuel de Droit International**. Bilian et Perspectives. Tome 1. Paris: Pedone, 1991.

COGAN, Jacob Katz. AALS Panel – Mexico v. U.S.A. (Avena) – Arguments of the United States. **German Law Journal**, Toronto, Vol. 5, nº 4, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal**. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A, nº 16. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2015.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Droit International Public**. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

GÓMES-ROBLEDO, Juan Manuel. El caso Avena y Otros Nacionales Mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Vol. V, 2005.

GRAHAM, James A. **El Fallo “Avena” de la Corte Internacional de Justicia y la Violación de los Derechos Consulares de los Detenidos Extranjeros**. La Paz: Vice Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)**. Judgment of 24 May 1980. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. **LaGrand (Germany v. United States of America)**. Judgment of 27 June 2001. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

_____. **Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)**. Judgment of 31 March 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft Articles on Consular Relations, with Commentaries. **Yearbook of the International Law Commission**, New York, Vol. II, 1961.

MARESCA, Adolfo. **Las Relaciones Consulares**. Traducción: Hermino Morales Fernandez. Madrid: Aguilar, 1974.

ONU. **Convenção de Viena sobre Relações Consulares – CVRC**. Viena, 24 de abril de 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em: 18 set. 2015.

QUIGLEY, John; ACEVES, Willian J.; SHANK, S. Adele. **The Law of a Consular Access: a Documentary Guide**. Oxon: Routledge, 2010.

RIVIER, Alphonse. **Principes du Droit des Gens**. Vol. II. Paris: Arthur Rousseau, 1896.

TRINDADE, A. A. Cançado. Desarraigamento e a Proteção dos Migrantes na Legislação Internacional dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 47, 2008.

VILARIÑO PINTOS, Eduardo. **Curso de Derecho Diplomático y Consular**. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2011.